

VU Research Portal

Het wetsbegrip van Bohtlingk

van Ommeren, F.J.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
2009

document version

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2009). Het wetsbegrip van Bohtlingk. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2009(4), 83-85.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

This is a postprint of

Het wetsbegrip van Bohtlingk

Ommeren, F.J. van


Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2009(4), 83-85

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/47274>

(Article begins on next page)

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, Het wetsbegrip van Böhtlingk

Vindplaats:	NTB 2009, 12	Bijgewerkt tot:	01-04-2009
Auteur:	F.J. van Ommeren 		

Het wetsbegrip van Böhtlingk

'Op 3 januari 1959 tijdens een vakantie reis met zijn gezin verloor prof. mr. F.R. Böhtlingk in de buurt van Zürich het leven bij een autobotsing, waaraan hij zelf niet de geringste schuld had. In een zijner zakken vond men een half voltooide briefkaart waarop hij mij schreef: Ik heb het laatste hoofdstuk in mijn hoofd; het boek zal verschijnen.'

Dat boek is inderdaad verschenen, maar het duurde nog even. Zijn leermeester Logemann heeft het afgerond. Hoewel (...) 'afgerond' is eigenlijk niet helemaal het goede woord. Twee dagen na zijn inaugurele rede aan de Universiteit van Amsterdam schreef Böhtlingk een brief, waarin hij de plannen voor het boek ontvouwde dat voortbouwde op de thematiek van zijn oratie:

'Het boek over het onderscheid regeling - beschikking zou er eigenlijk als volgt moeten uitzien. Het hele onderscheid houdt ten nauwste verband met de machtenscheiding, dus met de kern van de rechtsstaat. Het boek moet aldus behandelen:

- I de oude rechtsstaatgedachte met a. het daarbij behorende wetsbegrip (algemeen en naar buiten werkend c.q. de burgers bindend) en b. het daarbij behorende beginsel van strikte wetsgebondenheid van (rechter en) administratie;
 - II de nieuwe rechtsstaatgedachte met a. het daarbij behorende wetsbegrip (de algemene regeling) en b. de daarbij behorende erkenning van freies Ermessen plus de remedies daartegen;
 - III het onderscheid regeling versus beschikking met de daaraan verbonden rechtsgevolgen.
- Ik acht het ondoenlijk III te schrijven zonder I en II; of sterker nog: als I en II geschreven zijn, is III er voor het grootste deel ook al.'

Het wetsbegrip in Nederland' bevat slechts deel I van dit project. Het verscheen in 1966.^[1] Logemann, bij wie Böhtlingk in 1954 was gepromoveerd, heeft na zijn emeritaat het 'hoofdstuk' geschreven waarop de juichkreet van Böhtlingks laatste briefkaart doelt. Ik zal aan het slot van deze bijdrage nog terugkomen op de voorgenomen delen, want over de mogelijke inhoud daarvan valt zeker nog wel iets te zeggen. Maar nu ga ik eerst in op het boek zelf, dat opent met een vrij omvangrijk 'Ten geleide', van de hand van C.H.F. Polak, waaraan ik beide bovengegeven citaten ontleen.

'Het Wetsbegrip in Nederland' behandelt de vraag welke overheidsbeslissingen moeten worden aangemerkt als wet in materiële zin. Het verbindt het antwoord op die vraag aan tal van andere leerstukken, zoals de (grond)wettelijke bevoegdheidsvragen, de toetsing door de rechter, vraagstukken over legaliteit en opvattingen over de rechtsstaat. Het is

geen dik boek: Böhlingk schreef 100 pagina's; Logemann had vervolgens 67 pagina's nodig. Böhlingk hanteerde een zeer gecompriëerde stijl. Het boek is uiterst puntig geschreven en strikt systematisch opgebouwd. Het kent veel korte hoofdstukken, maar wat belangrijker is: het kent veel - 148 - korte paragrafen die van een randnummer zijn voorzien en in het hele boek zijn doorgenummerd. Dit maakt het mogelijk nauwgezet op eenvoudige wijze systematisch te verwijzen naar uiteenlopende plaatsen. Ik geef hier een citaat om van de typische en in het oog springende verwijzingsmethodiek een indruk te krijgen, een citaat dat betrekking heeft op het legaliteitsbeginsel:

'Hier geldt, dat die geboden en verboden alleen mogen worden gesteld bij de wet, dus bij een van de wetgever (nrs. 9, 12, 14 en 19) uitgaande algemene (nrs. 17 en 18) rechtsregel (nr. 13).'

[\[2\]](#)

Het boek doet de stijl van een bèta vermoeden. Dat blijkt ook zo te zijn: na in 1942 het einddiploma HBS-B te hebben behaald, begon Frits Böhlingk met een ingenieursstudie, eerst aan de TH te Delft en later aan de mts te Dordrecht. Onmiddellijk na de Tweede Wereldoorlog ging hij naar de heropende Leidse universiteit, alwaar hij Indisch recht ging studeren. Hoewel het hier niet de plaats is voor een levensbeschrijving,[\[3\]](#) zou het toch lacuneus zijn niet te vermelden dat de bezettingsjaren diep in zijn jeugdijaren hebben ingegrepen, in het bijzonder vanwege het verzetswerk van zijn vader en hemzelf.[\[4\]](#)

De vraag naar de inhoud en betekenis van het materiële wetsbegrip is ook voor het moderne staats- en bestuursrecht van belang. Er zijn verschillende redenen te noemen waarom het heden ten dage zeer de moeite waard is op die vraag een goed antwoord te vinden. Zo is er de vraag welke regels moeten worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften en welke niet. Algemeen verbindende voorschriften dienen te worden onderscheiden van beleidsregels. Lang niet alles wat bij algemeen verbindend voorschrift kan worden geregeld kan in een beleidsregeling worden vastgelegd.[\[5\]](#)

Algemeen verbindende voorschriften dienen voorts te worden onderscheiden van concretiserende besluiten van algemene strekking. Om dat onderscheid goed te kunnen maken dient in het bijzonder te worden gelet op het verschil in de aard van de normstelling en op het verschil in algemene strekking dat een concretiserend besluit in veel mindere mate bezit.[\[6\]](#) Van 'Het Wetsbegrip in Nederland' valt te leren wat precies onder het concept 'algemene strekking' moet worden verstaan. Sterker nog, tot op heden is in de Nederlandse juridische literatuur nooit meer iets wezenlijk nieuws toegevoegd aan de analyse van de 'algemene strekking' van (wettelijke) regelingen is, zodat we daarvoor nog steeds naar dit boek moeten teruggrijpen.[\[7\]](#)

Er zijn nog veel meer onderwerpen te noemen waarvoor het materiële wetsbegrip tegenwoordig relevant is, zoals de geoorloofdheid van wetgeving voor concrete gevallen of de vraag of NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen, zijn aan te merken als algemeen verbindende voorschriften.[\[8\]](#) Maar met de gegeven hedendaagse voorbeelden hebben we de belangrijkste elementen van het materiële wetsbegrip zoals Böhlingk dat ontwaarde in het geldende recht, wel te pakken: wetten zijn algemene regels die naar buiten werken dan wel de burger binden. Van dit boek valt derhalve veel te leren over wat we moeten verstaan onder 'algemene regels' en het 'naar buiten werken' van rechtsregels. Böhlingk noemt dit het wetsbegrip van de 'oude' (dat wil bij hem zeggen: de geldende) rechtsstaatsgedachte; zie ook het bovengegeven citaat.

Mijns inziens is Böhlingks betoog tegenwoordig vooral interessant voor een goed begrip en analyse van de rechtspraak en de doctrine waarin het materiële wetsbegrip een rol speelt. In de parlementaire geschiedenis van de Awb bijvoorbeeld

wordt voor de betekenis van het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' in het bijzonder verwezen naar het klassieke Rogge-arrest (HR 10 juni 1919, NJ 1919, p. 647 en 650), een arrest dat in 'Het Wetsbegrip in Nederland' tot in de puntjes wordt geanalyseerd.

Böhtlingk doet echter veel meer. Hij analyseert ook de Grondwet en veel andere wetten, in het bijzonder de organieke wetten, op de vraag in hoeverre zij een materieel wetsbegrip kennen. Böhtlingk is van mening dat het materiële wetsbegrip ook in de Grondwet valt te lezen. Dat ben ik echter niet met hem eens. Van der Pot heeft reeds veel eerder (50 jaren, om precies te zijn) in zijn dissertatie overtuigend aangetoond dat onze Grondwet van oudsher louter een formeel wetsbegrip kent.^[9] Dat wil zeggen, de Grondwet schrijft voor op welke wijze wetten in formele zin tot stand moeten komen, maar zwijgt over de inhoud ervan: wetten in formele zin kunnen ook andere zaken inhouden dan algemeen verbindende voorschriften. Dit standpunt is - terecht - door de bewerkers van het bekende 'Handboek van Nederlandse Staatsrecht', Donner en opvolgers, gehandhaafd.^[10] Het valt bepaald niet uit te sluiten dat mede hierdoor de opvattingen van Böhtlingk in de staatsrechtelijke literatuur soms iets in de verdrukking zijn geraakt. Echter, sedert de algehele herziening van 1983 kent onze Grondwet - naast het formele wetsbegrip en het formele AMvB-begrip - het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' (art. 89 lid 4); een begrip dat ook in de Awb een belangrijke functie vervult. Het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' is wél een materieel begrip. En daarmee wordt voor de lezing van de Grondwet ook het materiële wetsbegrip toch weer relevant.

Een opmerkelijke opvatting van Böhtlingk is dat het legaliteitsbeginsel naar geldend recht ook de wetgever - zelfs de wetgever in formele zin: de regering en Staten-Generaal tezamen - bindt. In de ogen van Böhtlingk is de wetgever - daaronder ook lagere wetgevers zoals de Kroon, de provinciale staten, de gemeenteraad, enz. begrepen - in zoverre door het legaliteitsbeginsel beperkt dat hij niet bevoegd is bij wet in formele zin (respectievelijk AMvB, verordening, keur enz.) andere regels te maken dan naar buiten werkende algemene regels.^[11] Dit is overigens het enige punt waarop Logemann zijn leerling principieel niet is gevolgd.^[12] Böhtlingk had wel een goede reden om dit standpunt te huldigen. Hij beoogde hiermee te voorkomen dat de wetgever besluiten zou nemen die in strijd zijn met de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid dan wel in ander opzicht willekeurig zijn. We weten nu dat het recht, teneinde willekeur en dergelijke te voorkomen, zich in een heel andere richting heeft ontwikkeld.

Ten slotte het ius constituendum. Wat zou Böhtlingk ons in deel II en III van zijn boek hebben willen voorschotelen? Dat blijft natuurlijk gissen, maar iets daarvan valt mede aan de hand van zijn oratie wel in te schatten. Zijn oratie - getiteld: 'De rechtsstaat Nederland' - behandelt de vraag of en in hoeverre de welvaartsstaat, die aan het eind van de jaren '50 al sterk in opkomst was, voldoet aan de uitgangspunten en eisen van de rechtsstaat.^[13]

De strekking van het legaliteitsbeginsel is bij Böhtlingk niet - zoals bij velen gebruikelijk - de wetgever of het bestuur van een bevoegdheidsgrondslag te voorzien.^[14] Böhtlingk heeft opmerkelijk weinig moeite met zelfstandige wetgevers, zoals de regering - denk aan zelfstandige AMvB's^[15] - of andere bestuursorganen. Ook het - vanwege het primaat van de politiek meer dan eens bekritiseerde - verschijnsel van de delegatie van wetgevende bevoegdheid ziet hij als een te accepteren onvermijdelijkheid van de welvaartsstaat. Böhtlingk problematiseert evenwel de grote beleids- en beoordelingsvrijheid die aan het bestuur tegenwoordig toekomen (hij spreekt nog van 'freies Ermessen'). De strekking van het legaliteitsbeginsel bij Böhtlingk is veeleer willekeurig optreden te voorkomen. Dit verklaart ook waarom hij, als wenselijk recht, een andere inhoud van het wetsbegrip voorstaat. In het wetsbegrip van zijn 'nieuwe rechtsstaategedachte' behoeft de wetgever in materiële zin uitsluitend algemene regels vast te stellen. Het element van het 'burgers binden' of 'naar buiten werken' laat Böhtlingk dus varen. Heel het overheidsoptreden dient onder 'de heerschappij van algemene

regelingen' te worden gebracht.^[16] Een andere wens die hij op tafel heeft gelegd, is de wetgevers 'de hoogste niet uitgezonderd' aan rechtsbeginselen gebonden te achten en hun wetgeving daarop te controleren, waarbij aan de rechter een bijzondere taak toekomt, zij het 'niet in alle gevallen'.^[17]

Het is jammer dat Böhtlingk nooit de kans heeft gehad zijn verruimde wetsbegrip uit te werken. Hij zou een wegbereider zijn geweest voor de literatuur over circulaire en beleidsregels - in zijn tijd een nog onbekende term - en de doctrine ongetwijfeld diepgaand hebben beïnvloed. Ook met het pleidooi voor het ontwikkelen van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving - hoewel hij die uitdrukking niet bezigde - en het voor beroep op de rechter vatbaar maken van algemene (wettelijke) regelingen, was Böhtlingk zijn tijd ver vooruit.

Al met al blijft het een groot genoegen het werk van zo'n scherp denker te (her)lezen, die het aandurfde sterk op de toekomst gerichte voorstellen te doen en stelling te nemen tegen gangbare opvattingen van zijn tijd. Dat niet al zijn ideeën zijn verwezenlijkt en het recht soms andere oplossingen heeft gevonden voor de door hem gesignaleerde problemen is niet te vermijden en doet daaraan in het geheel niet af. Sterker nog, terugkijkend kunnen we daarvan veel leren: het verrijkt het inzicht hoe zeer het huidige recht en de huidige rechtsontwikkeling minder vanzelfsprekend zijn dan we wel eens denken. Het biedt nieuwe perspectieven en vormt een aansporing voor de juridische wetenschapper het niet te laten bij het opsporen van fouten en onduidelijkheden in wetgeving en jurisprudentie. In een tijd dat er in de universitaire wereld veel discussie is over het wetenschappelijke gehalte van de juridische publicaties en wel wordt beweerd dat de oude juridische literatuur nog veel minder aan de moderne eisen voldoet, vormen de beschouwingen van Böhtlingk een prachtig voorbeeld van het tegendeel.

Voetnoten

Voetnoten

[*] Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht, in het bijzonder inzake publiek-private rechtsbetrekkingen, aan de VU te Amsterdam.

[1] F.R. Böhtlingk en J.H.A. Logemann, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn: 1966.

[2] Böhtlingk en Logemann 1966, p. 25.

[3] Zie daarvoor het al genoemde 'Ten geleide' van Polak en verder onder meer: B.J.M. Asberg-Schermer, 'Böhtlingk, Frederik Robert (Frits)', in: Biografisch Woordenboek van Nederland, Den Haag: 1979, p. 59-60

met literatuurverwijzingen, waaraan in het bijzonder nog kan worden toegevoegd: J.C. Schroot, 'Prof. mr. F.R. Böhtlingk. Kort maar intens leven', Publiek Domein 1990, p. 131-134.

- [4] Zijn vader is vanwege deze daden naar een concentratiekamp afgevoerd en aldaar omgekomen.

- [5] Vgl. tamelijk recent: HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO; Stichting RK Onderwijs Huizen).

- [6] Waarover recent: S.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', NTB 2008, 2, p. 11 e.v. en F.J. van Ommeren, 'Concretiserende besluiten van algemene strekking', JBplus 2008, p. 3 e.v.

- [7] Het gezegde in dit boek over de algemene strekking van een regeling is mede gebaseerd op het volgende, nog steeds lezenswaardige, artikel: F.R. Böhtlingk en J.F. Glastra van Loon, 'Het begrip rechtsregel', RMThemis 1959, p. 3 e.v., ook opgenomen in: J.F. Glastra van Loon, De eenheid van het handelen, Amsterdam: 1980, p. 57 e.v.

- [8] Met als gevolg dat de Bekendmakingswet erop van toepassing wordt geacht, zie Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, LJN BG8465; Gst. 2009, 7312, 17. Waarover: R. van Gestel, 'Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen', NJB 2009, 272, p. 370 e.v. en M.R.J. Banneke, 'Kunnen NEN-normen nog worden gehandhaafd?', Gst. 2009, 7312, 15.

- [9] C.W. van der Pot, Wet en Algemene maatregel van bestuur in het Nederlandsche Staatsrecht, Leiden: 1916, p. 96 en 97.

- [10] Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer: 2006 (vijftiende druk), p. 658; evenzo: C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: 2008 (zesde druk), p. 335. De Grondwet kent evenmin een materieel AMvB-begrip, zie - mijns inziens terecht - Kortmann 2008, p. 353 en met enige aarzelingen: Van der Pot 2006, p. 675.

- [11] Böhrtlingk en Logemann 1966, p. 51 e.v., p. 56, p. 64, p. 69, p. 77, p. 80.

- [12] Böhrtlingk en Logemann 1966, p. 125, zie ook p. 52.

- [13] F.R. Böhrtlingk, De rechtsstaat Nederland, oratie Amsterdam 1958.

- [14] Zie voor een analyse van de opvattingen van Böhrtlingk gerelateerd aan andere literatuur: F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, (diss. VU), Deventer: 1996, p. 38 e.v., en p. 186 e.v. Zie vrij recent voor een uitvoerige en meer historische bespreking van diens opvattingen: R. van den Berg, Vormen van begrip van wet en wetgeving (diss. UvT), 2003, p. 191-323.

- [15] Böhrtlingk en Logemann 1966, p. 56.

- [16] Böhrtlingk 1958, p. 17.

- [17] Böhrtlingk 1958, p. 18.